

POR
LOS SEÑORES
DEAN, Y CABILDO
DE LA SANTA IGLESIA DE SEVILLA:
EN EL PLEYTO
CON
DON IVAN DE TAPIA Y VARGAS, Y DON BERNABE DE YBARRA, Y OTROS.

1 EL Hecho deste pleyto es, q̃ en 5. de Febrero de 1661. años, pidiò la Caxa del Subsidio y Excusado execucion contra Don Iuan de Tapia y Vargas, y Doña Ysabel de Tapia su muger; y contra Don Bernabè de Ybarra, obligado a esta renta, colonos del heredamiẽto de Aspèro, por quantia de dociẽtas y veynte y tres gallinas por la renta que debian pagar el año de 60.

2 Esse mismo dia pidiò execucion contra los dichos, por

quan-

quantia de 300U802. maravedis, por la renta del dicho heredamiento del año de 59. y en 1. de Iulio de 62. pidiô execucion contra los miſmos, por quantia de 200U538. maravedis, y 363. gallinas por la renta haſta fin de Abril de dicho año.

3 Los inſtrumentos que ſe preſentaron, fueron la eſcritura de arrendamiento que el Cabildo hizo en fauor del dicho Don Iuan de Tapia, y Doña Yſabel de Tapia, en 9. de Março de 1634. que eſtà fol. 30. del proceſſo; y entre otras condiciones ay vna fol. 39. que dize aſsi.

Y Con condicion, que no podais dezir, ni alegar, que en el dicho remate que ſe hizo en el dicho precio de maravedis, y gallinas, huuo dolo, ni fraude, arte, ni engaño, ni fue el remate de el fecho en mas de la mitad del juſto precio, y que Nos debemos de contentar con que nos pagueis por la dicha heredad lo que valia, y vale de renta, y no mas; y que eſte arrendamiento, è remate, ſe reſcinda, y baxe, y dé por ninguno, y que vos ſeais libre, de lo qual prometeis, y obligais de no dezir, ni alegar, aunque la dicha demaſia, y leſion ſea en el doblo del juſto precio en diez vezes tanto mas q̃ valia, y vale el dicho donadio de renta juſtamente, aunque la dicha demaſia, y leſion ſea enorme, y enormiſsima, ſegũ dicho es: porque vos el ſuſodicho declarais que aveis viſto la dicha heredad, y confeſſais vale el dicho precio, y aveis por bien de pagar todo lo contenido en eſte contrato, y no aprouecharos de los remedios del derecho, que cerca deſto puedan ſer en vueſtro fauor: è dezis, é proteſtais, que no podais dezir, ni alegar que eſtas palabras dezis, y prometeis con confiança, que en eſte arrendamiento no avia tan grande engaño, y leſion como ſe contiene en eſta Clauſula: con que os obligais, è renunciais la ley quarta del titulo ſeptimo del libro quinto del Ordenamiẽto Real, fecha en Cortes de Alcalà de Henares por el Rey Don Alonſo, que habla, y diſpone como ſe ha de enmendar, y deshazer del engaño, quando el vendedor,*

ò el

ò el comprador son engañados en mas de la mitad del justo precio de lo que vale la cosa: é renunciais otro qualquier derecho, y la dicha ley que no la podais alegar en vuestro favor; y si lo alegareis, q̃ no os valga, ni os aproueche, no pudiẽdolo vos, ò otra persona, ni el Iuez lo pueda suplir de oficio.

Y con condicion que si pretendiereis alegar engaño en este arrendamiento; ó lo intentaredes por demanda, ò por excepcion a qualquiera execucion que se os haga; ò en otra manera, que antes, ó primero que lo intẽteis, seais obligado de dar, y pagar, y desembolsar a Nos el dicho Cabildo, ò a quien por Nos la huuiere de aver, todo lo que debieredes dẽcorrido de la dicha renta de la dicha heredad, a el precio de este arrendamiento, hasta el dia que assi lo intentaredeis; y assimismo seais obligados de nos dar, é pagar, è desembolsar, y vais pagando, y desembolsando al precio deste arrendamiento todo lo que mas corriere, durante el pleyto que intẽtaredes, ò traxeredes, y hasta tanto q̃ sea difinido, y acabado por sentencia, que legitimamente queden passados en cosa juzgada: y si por las dichas sentencias el contrato deste arrẽdamiento fuere rescindido, è mandado baxar el precio dèl, desde el dia que fueremos condenados, Nos obligamos por nuestros bienes é rentas a nuestra Mesa Capitular pertenecientes, de os dar, é pagar todo aquello que huuieredes pagado demasias mas de lo contenido en las dichas sentencias.

4 Siguese otra Clausula, que dize assi.

OTrosi, es condicion que os arrendamos, é recebis la dicha Heredad, Casas, y Molino, y lo demas a ella perteneciente, a todo vuestro riesgo, y ventura, assi de fuerça de ley, como de gentes poderosas, aguas, terromotos, pestilẽcias, mortãdades, huestes, posadurias, hambres, carestias, muchas aguas, è falta dellas, y de piedra, langosta, aves, gusano, nieblas, y de todo otro qualquier caso fortuito, y esterilidad del cielo, ó de la tierra, de engaño, q̃ en qualquier manera acaezcan

cã en el dicho donadio, y en la semẽtera q̃ tuuieredes, é hiziе-redes en él, y en las yervas que en él nacieren, los acostumbrados, é no acostumbrados, pensados, è no pensados; quier sembreis, ò no sembreis las tierras del dicho donadio, ó sembrandolas no cojais cosa alguna; que acaeciẽdo, lo que Dios no quiera, los dichos casos, y esterilidades, ó alguno de ellos, ó otros algunos mayores, é menores de los aqui expressados, aunque sean de los casos que dizen acaecen de cien a cien años; quier sea en todo el donadio, ó en toda la comarca, ò seã generales, no por esso podais hazer, ni hagais discuẽto desta dicha renta; antes todavia seais obligados de la pagar, ê pagueis por entero, so la dicha pena que en esta carta será contenida.

5 Tambien se presentó otra escritura foj. 4. por la qual en 8. de Agosto de 644. el dicho Don Iuan de Tapia, y Doña Ysabel de Tapia su muger, traspassan, y dan en administracion el dicho Heredamiento de Aspêro con todo lo que le pertenece, con los mismos cargos, y obligaciones que lo tienen, y todas las clausulas necessarias, a Don Bartolome de Ybarra, y a Doña Catalina de Leon su muger, los quales acetan, y dizen: *Nos obligamos de pagar, y satisfazer a los dichos señores Dean, y Cabildo de la Sãta Iglesia los dichos* 150U401. *maravedis, y* 601. *gallinas en pluma, de renta en cada vn año, en esta Ciudad de Seuilla, llanamente, y sin pleyto alguno.*

6 Y despues añaden otra Clausula: *Y de cumplir, y pagar todas las condiciones del dicho arrendamiento, debidas debaxo de sus penas, y rigores, que declaramos aver visto, y oido, y entendido de palabra a palabra; y queremos que nos liguen, y obliguen, y traigan cõtra nosotros, y nuestros bienes tan aparejada execucion, como si aqui fuerã insertas.* Y obligã sus personas, y bienes avidos, y por aver: *Y damos poder a las justicias todos los otorgantes desta escritura, ante quiẽ se presentare, y pidiere su cumplimiento, para que por todo rigor,* &c.

Tam-

7 Tambien se presentaron sertificacion, de como la cantidad cedida por los Prebendados, cabe en lo que debe pagar de Subsidio, y Excusado la mesa Capitular desta Santa Iglesia, y fue citado de remate el dicho Don Bernabè de Ybarra, y Don Iuan de Tapia, como parece fol. 70. y tambien se notificò a su Procurador, como parece fol. 71. y el dicho Don Bernabè de Ybarra se opuso en 22. de Agosto de 62. fol. 74. y alegò tres excepciones.

8 La primera fue pedir, que el Tribunal de la Santa Cruzada se inhibiera del conocimiento de la causa, porque no estaua obligado en fauor del Cabildo, ni sometido a la Cruzada, ni se podia ir contra el inquilino, si no es escutido el principal.

9 La segunda, por vn otrosi dixo, que se avia de dar por ninguna la execusion, y el contrato que èl avia hecho, y el que avia otorgado Don Iuan de Tapia; porque en el arrendamiento avia avido lesion enormissima, porque no valia el Heredamiento en renta mas que 50U. maravedis, y gallinas, correspondientes assi al tiempo del contrato, que el año passado de 34. y desde el año de 45. que lo recibiò el dicho Don Bernabè, a quien se le avian de restituir 100U. maravedis, y gallinas en cada vn año, porque el año de 44. quando Don Iuan de Tapia le traspassò el Heredamiento, y en el año de 34 quando èl lo tomò, no valia mas q̃ 50U. maravedis, y gallinas de renta.

10 Alegò tambien, que èl avia hecho dexasion del dicho Heredamiento en el Cabildo, representando las conveniẽcias que tendria en recibirlo, que embiò al Diputado de Heredades a verlo, y el medidor de tierras, que se cometiò al señor Dõ Pedro Muñoz, Canonigo, ajustasse la materia, y que la ajustò, y que diò ordẽ para que dexasse el Cortixo, pagando la renta, por cuya causa està libre de la obligacion.

11 Y concluyò su libelo pidiendo se diesse por ninguna la

execucion, y consiguientemente los contratos de arrendamiento, assi el otorgado por Don Iuan de Tapia, como el de traspasso otorgado por Don Bernabè de Ybarra, como efecto de la lesion enormissima: y pidiò mas que se le restituyesse todo aquello que ha pagado demas de los dichos 50U. maravedis cada año; y (que quando tanto pedir no tuuiesse lugar) pidiò vna de dos cosas, ibi: *Por lo menos declare vna de dos cosas; ó que el distracto està perficionado en virtud del pedimiento de mi parte, para què se hizo la diputaciõ, dandole por libre del arrendamiento vitalicio, ó rescindiẽdole al justo precio de los dichos 50U. maravedis, mandãdole assimismo en este caso restituir lo que de mas ha pagado.* Y pidiò que ciertos Prebendados declarassen, y recusò al señor Doctoral Iuez de Cruzada.

12 A estas tres excepciones satisfizo el Cabildo. A la primera de la jurisdicion, con alegacion juridica. A la segũda de lesion; contradiziendo que se admitiesse, y a mayor abundamiento hizo probança del valor del Heredamiento, y comun precio de aquel tiempo, con las pujas insertas en la escritura del arrendamiento, y con probança de testigos en este processo. Y a la tercera negò el distracto, porq̃ no passò tal. Hase visto el pleyto: la otra parte le pidiò para informar en derecho, y esta parte tuuo por escusado; pero sin embargo por la grandeza del Tribunal, y el breve tiempo que se le dio, haze estos cortos apuntamientos.

EXCLVSION DE LA PRIMERA excepcion.

13 Niega la otra parte la obligaciõ en fauor del Cabildo, y como en todas las excepciones se halla vencido, en esta se halla convencido; porque en la escritura que otorgò, y està fol. 10. dize assi: *Nos obligamos de pagar, y satisfazer a los dichos señores Dean, y Cabildo*, &c. Como se refiriò num. 5. dize, que para convenirle en Cruzada,

avia

avia de ser *excuso principali*, segun la ley 3. *quando fiscus vel privat.* &c. Pero esto no es del caso, porque la Caxa del Subsidio tiene privilegio para convenir derechamente al deudor del deudor, y tiene privilegio el Estado Eclesiastico para ceder al Subsidio lo que le deben sus deudores de diezmos, ô rentas pertenecientes a la Mesa Capitular, ô Prebendas particulares, por concordia que el Estado Eclesiastico hizo en su Mageftad (fuente, y dueño de las jurisdiciones, que las dà, y quita, como es su voluntad.)

14 *Item, que por los Reverendissimos Iuezes, Comissarios Apostolicos, Executores Generales de la dicha concession, y prorrogacion, se den, y ayã de dar las provisiones, y subdelegaciones de Iuezes, y los demas recaudos necessarios para la cobrança de los dichos dozientos y cinquenta mil ducados, y costas; y que todas las deudas que se deban al Cabildo, ô a Dignidad, ò a Canonigo, se puedan cobrar por los Iuezes subdelegados, de sus Mayordomos, Renteros, y Arrendatarios, y otros deudores, aunque las deudas tengan alguna dificultad en la cobrança, y no estẽ sometidos al señor Comissario General, y sus subdelegados, y aunque lo estén a otras Iusticias, con que la tal deuda sea de frutos, ò rẽtas que deba y pague Excusado, y con que no excedan de la cantidad que a cada uno le fuere repartida.* Como parece de la cõcordia que su Mageftad hizo con las Santas Iglesias, que se halla en el libro impresso, intitulado, Asientos de la Congregacion que celebraron las Santas Iglesias Metropolitanas, y Catredales de los Reynos de la Corona de Castilla, y Leon, fol. 236. B.

15 Y aunque por este derecho especial se puede ceder al Subsidio, y cobrar por Cruzada lo que debẽ los inquilinos, y colonos de las Santas Iglesias, le pertenece lo mismo por el derecho comun, pues el Consejo de Cruzada es Apostolico, y Real, y lo que cobra son maravedises, y averes de su Mageftad; y assi lo que se le debiere por razõ de las tres gracias,

gracias, le toca al Tribunal de Cruzada cobrarlo. Y de la suerte q̃ como derechamẽte puede executar al Cabildo por mas de nueue quẽtos y medio de Subsidio, puede executar a qualquiera deudor del Cabildo, segũ es doctrina llana del señor Salgado de *regia protect. 4. part. cap. 8. à num. 247.* y de *retent. Bull. 2. part. cap. 28.* y assentò por llano Noguer. *alleg. 35. num. 17.* y se afirmò en ello en la alegacion 40. porque en estando obligado por escritura publica, tiene el acreedor del acreedor vtiles acciones para executarlo; y aun la misma *l. 3. C. quando fisc. vel privat.* lo concediò asi en caso q̃ no aya duda en el deudor; y dize el señor Salgado que no la ay quando està obligado por escritura publica.

16 En quanto a la recusacion no se pudo haze, pues si no tiene mas fundamento que el recusarlo por ser de *corpore Capituli*, es contra la ley del Reyno hazerla, pues por ley de èl, el Canonigo Doctoral ha, y debe ser Iuez de Cruzada. *l. 11. tit. 10. lib. 1. Recop. cap. 2.* ibi: *Que el dicho Comissario General subdelegue por Comissarios en las Diocesis, y Cabeças de Partidos, los que tuuieren las Prebendas Doctorales, y Magistrales de las Iglesias que fueren Cabeças de las dichas Diocesis, y Partidos, &c.*

EXCLVSION DE LA SEGVNDA excepcion.

17 LA segunda excepcion de que se vale, es la *lesion*, diziẽdo, que la tuuo en el contrato de arrendamiento, y que se ha de dar por nullo, &c.

18 La excepcion de lesion no se puede oponer en la via executiua, asi porque no la cõprehendiò la ley del Reyno en las excepciones que nombrò, como porque *vt via executiua tam malè quadrat, quàm pullata vestis ad nuptias, vt dictat proverbium*, como dize Parlador. *lib. 2. rerum quot. cap. fin. part. 5. §. 11. num. 42.* a quien siguiò Zeball in contracom. *quæst. 763. num. 55.* Y Gaspar, Sebastian, y Iuan Her-

Hermosilla *in add. ad l.56. tit.5. part.5. glos.12. num.16.* refieren lo mismo que Hieron. Zevallos, y refieren vna, y otra sentencia, y dizen, que ha de estar probada de tal suerte, que *nulla tergiversatione possit calari*, y que queda en adbitrio del Iuez admitirla, ò no admitirla.

19 Pero dizen, que si estuuiere dudosa, ò confusa, por què el Actor hizo probãça del verdadero valor, que en tal caso de ninguna manera se ha de admitir: que assi lo introduxo la practica, y estilo de la Chancilleria de Valladolid, de que testifica Zeball. *d. quæst.763. num.56.* ibi: *Præcipué si ex parte actoris sint facta probationes veri valoris rei traditæ, quia tunc potius est credendum testibus examinatis ab actore quam à reo.*

20 Y el Doctor Garcia Girond. en su tratado de *Gavell. 2. part. §.2. à num.1. vsque ad* 13. disputa esta question, y niega que se admita en la via executiua, y depone de vista del estilo de la Real Chancilleria de Granada, que nunca la admitiò: y por el Cabildo no solo està ofuscada la lesion, sino conuencida con probança, porque articulò, y probò que tiene 198. arançadas de Olivar, que a justa, y comun estimacion valen a 16. reales de renta cada vn año, y dã los testigos la razõ por el fruto que se coje, y la costa que tiene. Tambien prueba en el Articulo quarto, que las trecientas y quarenta fanegas de tierra, comprehẽdidas en el segũdo Articulo, valen de renta a justa, y comun estimacion de 13. a 14. reales, y dan la razon, porque son libres de diezmo, y dizen, que si ellos la tomàran en renta, dieran essa cantidad. Y en los siguientes Articulos prueba, que estas tierras, y Heredamiento valen tres mil reales mas de lo referido cada año, esto porque todo el ganado que nace, y se cria en aqueste Heredamiento, lana que se trasquila, y que so que se haze es libre de diezmos. Y este derecho de no pagar diezmos del ganado del colono, ò el derecho q̃ tiene para cobrar el diezmo del ganado ageno que alli nace, estiman

los teſtigos en 2U500. reales cada año, y el arrendamiento de la Caſa, y Molino en 500. que juntas todas eſtas cantidades importan 10U928. reales cada año, y el arrendamiento en maravedis, y gallinas, ſegun la otra parte articulà, importa 7U100. reales, y conforme a la eſcritura, 7U128. de rẽta cada año. De q̃ reſulta eſtar, no ſolo oſuſcada, ſino cõvencida ſu excepcion. Y eſta probança ſe califica con la medida que eſtâ en el proceſſo inſerta en la eſcritura, y contrato de arrendamiento fol. 62.

21 No eſtamos en eſtos terminos, ſino en otros mas eſtrechos; porque a eſta reſolucion juridica (que ella por ſi baſtaua para vencer eſte pleyto) ſe junta vn contrato entre las partes; y es, que previniendo el Cabildo eſta queſtion de los Doctores; porque no quedàra *in arbitrio iudicis*, hizo vna ley cõ los executados, que fue dezir. Queſtion es entre los DD. ſi la leſion, ò otra excepcion ſe puede poner en la via executiua; pues hagaſe vn contrato entre los dos; y es, que no la aveis de oponer, y que en ella, ni en otra no aveis de ſer oìdo, ſino que me aveis de pagar primero, y luego alegareis lo que convenga.

22 Previniendo con eſte pacto (fundado en principios de derecho, y de ſu perenne fuente de la razon) las incomodidades que los acreedores padecen, quãdo el deudor eſcuſa, ò dilata la paga: *Solet ad evitandas moroſas exceptiones, & debitorum calumnias in contractibus apponi Clauſula denegandi illis audiẽtiam, omnium etiam iuſtiſsimarum exceptionum; donec pecunia debita ſolvatur.* Aſsi començò Gamma la deciſ. 370. y la acabò diziendo, que el eſtilo, y la coſtumbre introduxo la obſervancia deſte pacto, por deſarraigar a los moroſos pagadores ſu malicia, ibi: *Et hoc ſtilo & conſuetudine approbatum fuit ne fraudis occaſio, & protelandi litis cauſa moroſis, & doloſis debitoribus tribuatur.*

23 Fue pues antidoto para los acreedores poner cautela a la queſtion, ſi ſe admite, ò no ſe admite en la via executiua

eſta

esta excepcion de *lesion* por este pacto, *scilicet denegandi debitoribus audientiam donec pecunia debita solvatur.* Y este pacto, y esta clausula puso el Cabildo quando contratò, como parece supra num. 3. ibi: *Y con condicion, que si pretendiereis alegar engaño en este arrendamiento, ò lo intẽtaredes por demanda, ò por excepcion a qualquiera execucion que se os haga, ó en otra manera, que antes, y primero que lo intenteis, seais obligados de dar, y pagar,* &c. Y assi ni se puede oponer, ni ser oida.

24 Este pacto de no oir al deudor hasta que aya pagado, es licito, y juridico, fundado en la *l. 1. § si convenit. ff. depositi,* canonizado por los Autores, *præcipuè* Egidius *de iust. & iur. 2. part. cap. 13. num. 1. & 2.* Melchor Febo *decis. 12. n. 1. & 2.* Gabriel Pereyra *decis. 34.* Gãma *decis. 370.* Petr. Barb. *in l. alia 15. § eleganter num. 47. ff. solut. matrim.* ibi: *Quod iuris rationibus nõ repugnat, & ideò tale pactum validum debet censeri, iuxta regulam. l. iuris gentium. § prætor ait. ff. de pactis.*

25 Y no ay que estrañar la riguridad desta Clausula, porque otras Clausulas, y otros pactos ay mas rigurosos en el derecho, como es el de *rato manente pacto*, que es quando se obligan à no quebrantar el contrato, y se pone pena si se quebrantàre, que no podrà vno pagar la pena, y quebrantarlo, porque siempre se ha de observar aunque mil vezes se pague la pena, por la ley *qui fidem 16. ff. de transact. Qui fidem licitè transactionis rupit, non exceptione tantùm summovebitur, sed etiam pœnam, quam si contra placitũ fuerit (rato manente pacto) stipulanti rectè promisserat, præstare cogetur. l. cum proponas 17. C. eod. l. 34. tit. 11. part. 5.* ibi: *Se obligó diziendo, que fuesse tenido a pechar la pena, y a cumplir la promissiõ.* Y Greg. Lop. en esta ley *glos. 3.* dize assi: *Hæc est Clausula rato manente pacto*, el qual es tan juridico ex dictis ll. como observado, como se ve ex Rom. Gayl. Padil. Gutierr. Marta. Barbos. & alijs Carleval. de iudic. *lib. 2. tit. 3*

disp. 3.

disp.3.num.16. Pater Molina de *iust. & iur. disp.556.vers. Quarto transactio.*

26 Otro pacto ay en el derecho mas riguroso, que es el pacto de *ingrediendo propria auctoritate in possessione*, que tābien es legal *l.3.C.de pign.* Ant. Negusanç. *de pignor. & hipoth.4.part.principali num.8.* ibi: *Secundum tractādum est de pacto, quod frequenter inniri solet inter creditorem, & debitorem, videlicet, quod non soluto debito creditor possit pignus propria auctoritate occupare, & primo praemitendū est quod tale pactum de iure valeat,* &c. El señor Salgad. *de reg.protect.3.part.cap.12.num.105.*

27 Y no ay que estrañar esta Clausula, y estos pactos, porq̃ todos quantos pusieren las partes, se deben observar. *Text. in l.3.§.1.C.de iure domin.impetr.* ibi: *Siquidem in pactione cautum est, quemadmodum debeat pignus distrahi, sivé in tempore, sivé in alijs convētionibus ea observari, de quibus inter creditorem, & debitorem conventum est.*

28 Concediò el derecho a las partes facultad, y potestad de poder reducir a su voluntad toda jurisdicion juridica, y encarcelar todas las acciones, y excepciones que el derecho produce en favor de los que contratā a vna sola linea, ò punto, *l. si quis in conscribendo.C.de pactis. l. si iudex 41. ff.de minor.* Y tienen tambien facultad de ligar la amplissima potestad del Iuez, para que no la exerça, ò la suspenda, y que solo la execute en quanto las partes quisieren, como el I.C. Paulo dixo *in l.quia tantundem 7. ff. de negot.gestis,* ibi: *Quia tātundē in bona fidei iudicijs efficiū iudicis valet, quātū in stipulatione nominatim eius rei facta interrogatio.* Assi pues el Cabildo pactò cō la otra parte, que no avia de oponer excepcion ninguna hasta aver pagado; y assi no ha de ser oìdo, porque no se admite en la via executiva, ni tāpoco por el pacto, la dicha excepcion, ni otra alguna.

29 No para mi desvelo en concluir que en la via executiva no se puede admitir la excepciō *de lesiō*, sino en probar

tam-

tambiẽ,*que ni aun en la via ordinaria se puede,ni debe admitir en los contratos de arrendamiento de predios rusticos.*

30 Fue permitido por el derecho de las gentes,canonizado por el civil,al cõprador, y al vendedor, regatear el precio,y vender por mas,ò comprar por menos las cosas,segũ doctrina de Pomponio I.C. aprobada por Vlpiano *in l. in causæ 17. § idem Pomponius, ff. de minor.* diziendo: *Idem Pomponius ait in pretio emptionis, & venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire.* Y la misma permision tuuieron el *locador,*y *conductor,* por regla del I.C. Paulo *lib. 34. ad edictum in l. item si pratio 25. §. quemadmodum,* ibi: *Quemadmodum in emendo, & vendendo naturaliter concessum est,quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere: ita & in locationibus quoque, & conductionibus idem iuris est,* entẽdiendo verbũ illud *Naturaliter,* por derecho de las gentes, *vel pro naturali ratione,* vt Accurs. ibi: Covarr. *lib. 2. var. cap. 3. num. 2.* largamẽte el señor Don Iuan del Castillo *lib. 2. quotid. controv. cap. 8. num. 15.* legalizado, y aprobado todo esto por la ley del Reyno *l. 2. tit. 11. lib. 5. Recop.* ibi: *Aunque en el tal contrato aya engaño, que no sea en mas de la mitad del justo precio,*&c.

31 Este rigor del derecho natural,secundario,ô de las gentes,que la jurisprudencia calificò por bueno, pareciò a los Emperadores Diocleciano, y Maxim. algo riguroso, y lo templaron,ò interpretaron, reduciendo aquel regateo de comprar por menos, a que no llegasse a la mitad del justo precio; porque si llegasse, diò remedio para anular el contracto, diziendo, que si el vendedor fue leso vendiendo por menos del justo precio, se le bolviesse lo vendido, ô que el comprador le diesse el precio que faltaua. *l. 2. C. de rescind.*

32 Pero es de notar, que aqui solo se concede el remedio

al que vende, no al que compra; y como es ley correctoria del derecho comun, no se debe estender a mas de lo que ella contiene. *l. 1. §. si is qui, ff. de exercitoria actione*, ibi: *In dubijs non est recedendum à verbis edicti. l. vlt. de repudiãda hæred.* Y assi ni comprehende al *comprador*, ni tampoco se ha de estender su decision al *locador*, ni al *conductor*, ni al contrato de *locacion*, y *conduccion*; porque aunque el derecho de las gentes les permitiò la trampa entre el vno, y el otro; y el civil los igualò diziendo, *que vendedor, y cõprador, locador, y conductor* tienen facultad para engañarse en algo, no por esso la conmiseracion de los Emperadores *in d. l. 2.* ibi: *Humanum est*, se promulgò para el comprador, ni se ha de estender a diferente contrato, que es la *locacion, y conduccion.*

33 Y con mucha razon, porque para el *conductor* tiene el derecho dado remedio bastante para que se exerça con èl la conmiseracion de la ley 2. ibi: *Humanum est*, segun nos dexò enseñado Vlpiano *in l. ex conducto 16. §. si vno anno*, aliàs *l. si in vno anno 17. ff. locati.* Y es que quando sucede vna calamidad insolita, se le dà remedio al colono; pero ninguno quando no son insolitas in text. ibi: *Si verò nihil extra consuetudinem acciderit damnum colloni esse*, ni tampoco se le dà remedio quando el daño proviene *ex vitio rei, vel in fructibus vis tẽpestatis, d. l. ex conducto. §. à solo separatis.*

34 Pero este remedio de *remission* de merced, ò precio del arrendamiento, no procede en los arrendamientos de por vidas, ò de muchos años; porque en este caso debe el colono compensar el daño de vnos años, con el prouecho de otros, y la abundancia de vnos, con la esterilidad de otros. Regla fue de Papinian. *in d. l. si vno anno 16.* aliàs *l. ex conducto, §. Papin. ff. locat.*

35 No faltò Emperador que socorriesse al conductor, y colono, con remedio de conmiseracion; y contra el rigor

del

del derecho, en caso de lesion, y daño, como lo huuo para el vendedor *in l. 2. de rescind.* porque el Emperador Alexandro *in l. licèt certis annis 8. C. de locato*, assentò por regla cierta, que el colono en caso de daño, ò lesion, pueda pedir baxa del precio, ò pension del arrendamiento, ibi: *Rationem tui iuxta bonam fidem haberi rectè postulabis*, dixo el Emperador Alexandro.

36 Pero esto fue con dos limitaciones. La vna, sino es que estauan renunciados los casos fortuitos (*vt mos Regionis postulabat*) como es costumbre, ò vso de la tierra, y en esta limitacion estamos, porque estàn renunciados los casos fortuitos, como parece fol. 41. del processo, & sup. num. 4.

37 La otra limitacion es, si es que vnos años con otros se pueden compensar, el prouecho de vnos con la esterilidad de los otros, que en tal caso no ay remedio para el colono, ibi: *Et quæ venerunt sterilitates vbertate aliorum annorum repensatæ non probabuntur*, dixo el text. *in d. l. licèt certis annis 8. C. de locato*, porque como dize Ant. Fabr. en el racional. *ad l. ex conducto, §. cum quidam*, ò *l. si vno §. cum quidam: æquo animo ferre conductor debet*, y mas adelante: *Ceterum si ipsa etiam sterilitas cum vbertate fructuum cōpensatur, multo magis infertilitas compensanda erit cum fertilitate, & fructuum exiguitas cum magna fructuum perceptione.*

38 De manera que no han de estar renunciados los casos fortuitos, y asimismo no ha de aver frutos de vnos años para desquitar (digase asi lo que el texto dixo, *repensata*) para que pueda el colono ser oìdo en el remedio que le concedio el derecho.

39 No se olvidò el Canonico desta conmiseracion del colono, y canonizò la decis. del I. C. Papin. *in d. l. si vno*, aliàs *ex conducto, §. Papinianus, ff. locati*; pero fue esta canonizacion con las mismas qualidades, y limitaciones, *scilicèt*, que si la esterilidad de algunos años se puede compensar

pensar con la abundancia de otros, no tiene accion el colono: assi lo determinò el Romano Pontifice Gregorio IX. *in Cap. propter sterilitatem 3. de locato, & cōduct.* ibi. *Colonis Ecclesiæ tuæ pro rata pensionis remissio est facienda, nisi cum vbertate præcedentis, vel subsequentis anni valeat sterilitas compensari.*

40 De aqui nace q̄ el remedio de la *l. 2. C. de rescind. vend.* no comprehende el contrato de *locacion*, y *conduccion*; y es la razon, porque si aquella ley se hizo para el vendedor, fue porque no avia en el derecho remedio para èl: y se quexarà con razon, que siendo el derecho, *Ars boni, & æqui.* Pichardus *in §. iurisprudentia, inst. de iustitia, & iure, num.* 1. no tuuiera accion para remedio de su engaño: desto no se puede quexar el colono, porque el derecho le diò remedio, y accion, que es la *remision* del precio, ò merced. *text. in d. l. ex conducto, §. Papinianus*, aliàs *l. si vno ff. locati*; pero no absoluto, sino estrechado a los terminos de su decision, scilicet: *Nisi cum vbertate præcedentis, vel subsequentis anni valeat sterilitas compensari.*

41 Y assi assentaremos por conclusion fixa, que *en los arrẽdamientos de predios rusticos* no se entiende, ni entra la regla de la *l. 2. de rescind. vend.* esto por las razones hasta aora ponderadas; y porque aun los Emperadores no comprehendieron mas que al vendedor: y para que fuera igual el partido de vendedor, y comprador, fue necessario que huuiera ley del Reyno que lo expressasse, que es la *l. 1. tit.* 11. *lib. 5. Recop.*

42 Y la razon juridica por què no se admita *al colono* la excepcion de la ley 2. es, porque considerando la naturaleza deste cōtrato, y que lo que en èl viene, son los frutos que se pueden coger de aquel fundo, y que son inciertos quantos seràn. *text. in l. si ea lege* 17. ibi: *Propter incertum fructuum eventum*, &c. *C. de vsur. l. oleo* 23. *C. eodem*, adonde dixo Saliceto: *Rationem incertitudinis conceditur, quod alias*

non

non cõcederetur, & Bald. *in d.l. si ea lege, in princ.* dize: *Ratione incertitudinis futurorum fructuum aliquid iudicatur iustum, quod si appareret, certum esse iniustum.* Vrsil. ad Afflict. *decis. 382. num. 2.*

43 Siendo pues incierto lo que se dâ en renta, que son los frutos que se pueden coger de aquel predio, no puede en estos terminos aver *lesion*, por ser doctrina textual, y de DD. que quando *contractus æqualiter se ad lucrum, & dãnum habetur*, no puede considerarse, ni probarse en èl *lesiõ*, como se vè en la decis. de los Emperadores Valeriano, y Galien. *in l. in fideicommisso. 11. C. de transaction.* adonde vn padre instituyò à dos hijos, y los substituyò *adinvicẽ*, para que el que muriesse sin hijos restituyesse al otro su parte: ellos se convinieron, y renunciaron el derecho que el vno tenia contra el otro: muriò el vno, y el que quedò, dezia de *lesion*, y que avia sido *leso*, por aver renũciado su derecho. Respondieron los Emperadores, que el contrato avia sido reciproco, y pendiente del sucesso, y que como muriò el vno, pudo morir el otro; y que assi no ay *lesion* en este contrato dudoso, ni podrà, aunque sea menor, restituirse, porque no se puede dezir *leso ob incertitudinem.*

44 Tambien se prueba de la decis. del Emperador Alexandro *in l. si pater 12. C. de inoff. testam.* adonde vn padre instituyò a su hijo *ex semisse*, y a la hija *ex triente*, y en el resto à la muger, y los substituyò *adinvicem*: quexauanse los tutores de la niña, y respõdiò el Emper. *Calumniosam inofficiosi actionem adversus iustum iudiciũ testatoris instituere non debetis.* Que no se deben quexar los tutores, porque es igual el partido; y como ella và a perder en no heredar al hermano, y madre, và tambiẽ a ganar, y les podrà heredar; y por esta esperança de adquirir, y ganar, no ay *lesion* en el contrato: razon que diò el Cesar, ibi: *Cum ex huiusmodi fideicõmissi restitutione, tam matris, quã fratris eius portio ad eam poterat pervenire*; porque basta ponerse en caso

que

que pueda ganar, ò perder, para que no se diga *leso*. Y assi dixo Paulo de Castro, ibi: *Mutuo habet quarella ratione dubij eventus, quia ita potest adquirere sicut erogare.*

45 Vese con claridad en comprar los lances de las redes; pues dixo el I. C. Celso, que quando se compra el lance, ò *iactum retis*, no se compra nada, sino solo aquello que puede, ò no puede coger la red: y por este sucesso dudoso no ay estimacion, ni se puede dezir que se dà mucho, ni poco. *text. in l. si iactũ* 13. *ff. de action. emp.* ibi: *Si iactũ retis emero, & rete iactare piscator noluerit, incertum huius rei stimandum est.* No podrà dezirse *leso* si no saca nada, porq̃ no se pagò lo que sacò, sino el *dubio eventu* de lo que pudo sacar: y por esto dixo Bart. *ibidẽ: Æstimatur incertum antequam certificetur.* Arrienda el colono, no lo que coge, sino lo que puede coger, y assi este *dubio eventu* no se sujeta a *lesion.*

46 Porque, ò el arrendamiento se haze, que el colono ha de dar por cada fanega de grano que cogiere vn real, v.g. y por cada arroba de azeyte otro tanto, y en el *iactum retis* vn quarto por cada Pez de los que sacare: y entõces es otra especie, porque *designatur pro fructu merces.* Y no estamos en estos terminos, ò el arrendamiento se haze por *quidquid ex illo prædio nascatur*; y en el *iactum retis* se compre *quidquid rete piscabitur*: en tal caso se compra la esperãça, y arriẽda el *dubio evẽtu*; y en tal especie a nada se obliga el locador, como dixo Antonio Fabr. en el racional de la *l. si vno* 17. §. *cum quidam in ratione decidendi, ff. locati*, ibi: *Nec is, qui locat, se obligat ad certam quantitatem fructuũ, sed sub incerto futuri eventus ita cõtrahit, vt neque lucrum certum sperare conductor debeat, neque damnum certum timere.* Como el que lleua a jornal los caçadores, que andã do todo el dia por la Dehesa, no hallaron caça, ò por calor ò por frio, ò por viento contrario: no se dirà que fue leso, porque le salio vana su esperança. Todo lo dixo la ley de la

partida

partida 11.*tit.5.part.5.* que habla en ambos casos. Y el vltimo dize: *Otrosi dezimos, que si el comprador dixere que quiere atender à su ventura si sacasse alguna cosa el pescador de la primera vez, si prisiesse, ò matasse el pescador alguna cosa fasta ora cierta del dia, estonce, maguer non prenda ninguna cosa, tenudo es el comprador de darle el precio quel prometio.* Y fue doctrina del Obispo Sarmiento. *lib.7.select. cap.1.num.2.*

47 Y aun en las materias reprobadas, el *dubio eventu* las haze licitas. El Pontifice Alexandro III. *in cap. in ciuitate 6 de vsuris*; dize, que vender mercaderias que valen cinco ducados a pagar el mes de Mayo por seys, no es licito; pero que lo serà si ay duda que valdràn caras, ò varatas, ibi: *Nisi dubium sit merces illas plus, minusvè solutionis tempore valituras.* De forma, que aun en materia Eclesiastica, y espiritual, lo que no es licito de presente, lo haze justo el *dubio eventu*, aquella esperança que el colono tiene de que cogerà frutos.

48 Y aun el Emperador Philip. en el *text. in l. si ea lege 17. C. de vsuris*, que dixo, que dar los frutos del predio en lugar del interesse del dinero recibido, es licito, y que no podrà anularse por razon de que los frutos fueron muchos: y la razon es, porque pudieron ser pocos, y el *dubio eventu* haze licito el contrato, ibi: *Obtentu maioris percepti emolumēti propter incertum fructuum eventum rescindi placita non possunt*: adonde dixo, se haze licito, y justo el contrato *ratione incertitudinis.*

49 Sintieron lo mismo los DD. Iuan Antonio Nata. *in cōs.548. n.16. tom.3.* ibi: *Quādo aliquis in aliquo actu potest ita consequi lucrū, sicut etiā damnum non dicitur lædi, adeò quod nec etiam minor restitueretur*, &c. Con quien assintiò Iacob. Cācer. *var. lib.2. cap.1. nu.174. vers. Secus*, ibi: *Secus vbi contractus æqualiter se ad lucrum, & damnum haberet quia tunc non censeo absque iniustitia posse fieri reductionē*

aliquam

aliquam, &c. y aun Pinelo *in l. 2. de rescind. part. 2. cap. 1. num. 9.* dixo no aver *lesion* si el daño, y prouecho es igual.

50 Por cuyos fundamentos, y otros defendiò Anton. Fabr. *de erroribus Pragmaticar. decade. 8. error. 8. per totum*, que no se admitia el remedio de la *lesion* en el cōtrato de *locacion*, y *conduccion*, porque la ley 2. no lo comprehende; y porque no es posible que restituya los frutos el colono; y porque es necessario para que se pueda admitir, que se acabe el arrendamiento de vidas para juntar los frutos; y porque en teniendo el contrato incertidumbre de frutos que puedan ser muchos, ò pocos, no ay *lesion*, pues el *dubio eventu* justifica el contrato.

51 Bien corre todo lo discurrido en terminos del derecho comun; que aunque muchos DD. admitan la *lesion* en la *locacion*, y *cōduccion*, no me causa horror, porq̄ no atiendo a lo que dixeron lleuados de la conmiseracion, y humanidad de la ley 2. ibi: *Humanum est*, sino a lo que debieron dezir conforme a las reglas del arte, y principios de la jurisprudēcia, como dixo Proculo *in l. sed licèt 12. ff. de off. Præsidis*, ibi: *Non tamen tam expectandum est, quid Romæ factum est; quàm quid fieri debeat.*

52 No me ofuscarà, digo, la caterva de Autores q̄ lleuaron la contraria. Lo que insta es la *l. 1. tit. 11. lib. 5. Recop.* que estēdio la ley 2. al comprador, y añadio: *Y esto mismo se guarde en las rentas, y en los cambios, y en los otros contratos semejantes. Quid ergo oleum, & operam perdimus? minimè.*

53 Porque la ley del Reyno no comprehendio absolutamente el contrato de *locacion*, y *conduccion*; pues en los arrendamientos de rentas Reales no se admite la *l. 2. imò*, que se excluye su alegacion, *vt est text. in l. 15. tit. 9. lib 9. Recop.* ibi: *Aunque diga, y alegue que fue engañado en mas de la mitad del justo precio.* Y la ley 1. que dize: *Y esto mismo se guarde en las rentas.* No habla en la *locaciō*, y *conducciō*, ni comprehende el arrendamiento *de predios rusticos*, sino

arren-

arrendamientos de rentas, como son cobranças de cẽsos, y juros, y el derecho de cobrar el passege de alguna Puẽte, ò Puerto: y assi explicando esta palabra *en las rentas* Matieço *glos.6.* dize: *Læsio locũ obtinet in locatione redituum.* Y luego por fundamentos suyos dize, que lo mismo se deberà entender en los arrendamientos, esto no porque lo dize la ley, sino porq̃ lo estiende el Autor; y aunque no lo dize, ni lo comprehende la ley, porque por los muchos inconvenientes que el legislador hallaua, no expressò los arrendamientos, que si no tuuiera inconveniente los expressara.

54 Ni tampoco se comprehende en las palabras de la ley ibi: *En otros contratos semejables*, porque en estas no se cõprehende *la locacion, y conduccion de predios rusticos*, pues aquellos contratos se dizen. *Semejables: quorum qualitas est una, vel quorum eadem est substantia*, iuxta Bald. doctr. *in l. neque leges, ff. de legib.* y son *semejantes ubi par est ratio l. qui liberis, in prin. de vulgar.* Pero quando ay *diversa causa*, no procede la razon, ni comprehende la ley; porque tãpoco son semejables: *Si forte monstrari possit illud quod confertur diversum esse genere, natura, vi, magnitudine, loco, tempore, persona, opinione, aut alijs rationibus*: por enseñança del I.C. Proculo *in l. fin. §. cui dulcia, ff. de tritico, vin. & oleo, leg. ita glos. in clement. 2. de reb. Eccl. non alienand. verb. alteri.* Y porque aquellas palabras: *En otros contratos semejables*: la palabra *Otros*, llama a aquellos q̃ son *similes eiusdem qualitatis per d. §. dulcia.* Ruino *cons.* 181: *num. 2.* y si se latiniza *Otros*, id est, *alios*, aquellos han de ser *similes habentes qualitates præcedentium.* Narbon. *in l. 20. glos. 17. num. 1. cum seqq. tit. 1. lib. 4. Recop.* Latè Felin. *in cap sedes 15. num. 6. in fin. de rescriptis.* Adonde por doctrina de Paulo de Castro dize, que si la comission es para cobrar lo que se debe, *ex causa mutui*, y de otras cosas que no comprehende lo que se debe, *ex stipulatione*, por ser de diversa

 natu-

naturaleza, ibi: *Vnde rescriptum de debito ex causa mutui non comprehendit debitum ex stipulatione alleg. Immol. infra eod. super literis.* Y la materia deste numero la explicò largamente Felino *d. cap. sedes, à num.* 3. y si se latiniza *alteros*, han de ser semejantes, que tengan la misma qualidad, y naturaleza. *Clement.* 1. *&* 2. *de reb. Ecclesiæ*; *& ibi glos. verb. Alteri.* Cænedo *sing.* 68. *num.* 3. Y porque no se comprehende aquello, que por su naturaleza es distinto, y realmente separado, como dize Iass. *en la l.* 1. *C. de iur. emph.* que aquellas cosas se dirân *semejantes*, adonde se hallaren en ellas mas conveniencias que contrariedades; y diferencias; y quando no se hallàran otras razones mas de la impossibilidad de cumplir con el fin de la *l.* 2. *de rescind. vend.* bastaua para que no fuera comprehendida la *locaciõ* y *conduccion*; pues no es possible que restituya el colono al dueño los frutos que ha cogido, como el comprador restituye la cosa comprada.

55 Porque si la *locacion*, *y conduccion* se han de medir por vna regla, y contenerse en iguales paralelos, como dize Cayo *in l.* 2. *ff. locati*, ibi: *Locatio, & conductio praxima est emptioni, & venditioni, eisdemque iuris regulis consistit.* Aunque no procede esto en todo, ni vale traer exemplar del derecho a lo que se dispone de equidad, como en la *l.* 2. *C. de rescind. vend.* todavia no cessa la razon, porque si la instancia es, que el vendedor, y el conductor deben gozar igualmente del remedio del derecho, sin perjuyzio de lo referido, y protestando que no concedo la pariedad, *adhuc*, en este caso no puede tener el conductor este remedio de la ley 2.

56 Porque el cõprador, ò recibe el precio suplido, ò recibe la prenda vendida, y restituye el precio; y en tales terminos tiene facil exito el negocio; pero en el *conductor* no es possible ajustar que huuo *lesion* en el contrato al tiempo que se celebrò, ni tampoco despues, que esto repugna a princi-

pios

pios de derecho, vt infra num. 58. y 59. sino que no es possible entregar los frutos de tantos años (que debe bolver, y tomar el dinero que ha pagado, como en el vendedor, supuesto que los midē en vn nibel, y regla) pero en caso que esto parezca dificultoso, por lo menos si quiere el colono ser oìdo, ha de ser compensado daño, y provecho, desde el principio del arrendamiēto hasta que se acabe; y assi no està en tiempo de que vse deste remedio, pues no se ha acabado el arrendamiento de las dos vidas, y porque en acabādose tampoco: pues quê razon ha de dar al dueño del fundo desde el año de 33. hasta el de 65. de las cosechas? y aunque la tuuiera, con què citaciō gastò, y cogiò frutos? y con què citacion los vendiò para que pueda recompensar los buenos, v fertiles años, con los esteriles? Y considerada esta razon, ni los I.C. ni los Emperadores dieron mas remedio que el de la ley *ex conducto*, y no comprehendieron en la ley *2. al conductor*.

57 Hazese mas llana esta inconveniencia, y se aclara mas la impossibilidad, de que la *locacion, y conduccion* sea comprehendida en la ley del Reyno, considerando, que en terminos del derecho comun, donde al vendedor se le dà la *accion de lesion, y* por la ley del Reyno al comprador, a ninguno destos se le dà el remedio, *si res perempta est, vel deterior facta*, segun opinion comun de los DD. que todos los antiguos refiere Tiraquell. *de vtroque retractu in fin. princip. num.* 70. Ant. Gom. *tom. 2. cap. 2. nu. 22. vers. Item adde, quod si prædicta res empta pereat*, a quien siguiò Iuan Gutierr. *lib. 2. quæst.* 137. Arias Pinc. *de rescind. vend. l. 2. par. 2. cap. 1. num.* 36. *&* 37. Y el señor Covarr. *lib. 2. var. cap. 4. in fin.* dize, que en practica es innegable esta doctrina, y con mucha razon, pues lo dispone assi la ley de la partida, que es la 56. *tit. 5. part.* 5. que hablando de la ley 2. dize assi: *Esto dezimos que puede facer, é demandar el vendedor, ò el cōprador no seyendo la cosa q̄ se vendio perdida, ni muerta, ni*

mucho empeorada, ca si alguna destas cosas le acaeciesse, non podria despues fazer tal demanda.

58 Pues si esto no puede hazer el comprador, ni vendedor, tampoco lo podrà hazer el conductor, pues no puede bolver los frutos que percibiò; ni en este caso sucede la estima. cion en lugar de los frutos, segun la verdadera opinion de los legistas cõtra los canonicos, como resolviò Zevall. *com. contra com. quæst.* 443. *nu.* 2. de dõde nace la imposibilidad de aplicar la ley 2. a los arrẽdamiẽtos *de predios rusticos*, ni tampoco en ellos no se debe entender la ley. 1. del Reyno.

59 Y en caso que la ley del Reyno comprehenda la *locaciõ, y conduccion*, serà en la de los *predios urbanos*, porq̃ alli tiene facilidad la execucion de la ley 2. pues puede el dueño de la casa bolver el precio del arrendamiento, y puede el inquilino que la tomò en renta, dar, y bolver aquello que merece, que es lo que se puede estimar. Y no hallando Antonio Fabro igual razon entre estas dos locaciones, y conducciones de predios *rusticos* a predios *urbanos*, se resolviò a dezir en la *decada* 8. *de errorib. pragmat. error.* 8. que era mas imposible aplicar la ley 2. a los arrendamientos de predios *rusticos*, y que se pudiera tolerar la practica en los de predios *urbanos*, diziẽdo en el num. 14. *Sanè in locatione prædij urbani paulo obscurior res esse videtur, quoniam qui ex eo fructus percipitur, certior est cũ quotidie percipiatur, ut proinde ex comparatione eius qui in ipso contractus die percipitur, facile iniri posit iusta mercedis totius anni æstimatio.* De manera que no cabe la decision de la ley 2. en el arrendamiento de predios *rusticos*; y por esso no se comprehende en la ley del Reyno: y si comprehendiò algun arrendamiento, fue el de las casas, porque son ciertos los frutos: y esta diferencia es notada en el derecho, pues la *tacita reconduccion* en los *rusticos*, es de un año, en los *urbanos*, de cada dia, porq̃ cada dia se coge el fruto. *l. item quæritur* 14. §. *qui impleto, ff. locati*, ibi: *In urbanis autẽ prædijs*

aliud

aliud iure vtimur, vt prout quisque habitaberit ita obligetur.

60 Pero son tantos los medios que se han opuesto a esta execucion, que es evidente reconocimiento de la poca seguridad que ay en cada vno, porque se alega que se han cogido muy pocos frutos. Alegacion que calificò por incauta, y contra razon el Emperador Antonino, aprobada por el I.C. Papin. como se vè en la *l. ex conducto* 16. §. *cum quidam*, aliàs, es la *l. si vno anno* 17. *ff. locati*, donde dize el texto assi: *Cum quidam de fructuũ exiguitate quæreretur non esse rationem eius habendam rescripto Divi Antonini continetur.*

61 El mismo achaque padece otra alegacion que de contrario se haze, diziendo, que los olivares son viejos. Condenò esta proposicion, y alegaciõ el mismo Divo Marco, cuya sentencia subscriuiô el mismo Papiniano *in d.* §. *cum quidam*, diziendo: *Item alio rescripto ita continetur: nouam rem desiderans, vt propter vetustatem vinearum remissio tibi detur.* Y dixo Accursio, que el colono debe hazer que los predios asperos, y poco fertiles, sean abundantes, y fertiles, mediante su cultura, iuxta illud Oratij lib. 1. sermonũ. Satira 3. *Namque*

Neglectis vrenda filix innascitur agris.

porque si no comete delito *in d.* §. *cum quidam, verbo remissio*, ibi: *Cum debeat colere, & propagare vt bonus pater familias, & ideò non debet habere commodum de quo puniendus est.* Aprendiò esta razon Accursio del I.C. Cayo *in l. sivè hæreditaria* 23. *ff. de neg. gest.* ibi: *Sed ita scilicèt hoc dici potest si ipsa ruina, vel incendium sine vitio eius acciderit: nam cũ propter ipsam ruinam, aut incendium damnandus sit, absurdum est cum istarum rerum nomine quidquam consequi.* Y no aviẽdo dado el colono la cura, y cultura que se debe al dicho Heredamiento, no solo es novedad en el derecho, y contra razon juridica intentar este pleyto, sino

que como dize Papiniano *d. §. cum quidam puniendus est*, y Cayo *in d. l. sivè hæreditaria*.

62 Pero lo que ay que advertir es, que no se intẽta remedio ninguno; porque aunque se dizen muchas razones, la conclusiõ de la oposicion dize: Que dè por ninguna la execu-
„ cion, y los contratos, el que hizo el Cabildo con Don Iuan
„ de Tapia, y el otro que el dicho Don Iuan hizo con Don
„ Bernabè de Ybarra, como efecto de la lesion alegada, con
„ restitucion de frutos; y que quando esto lugar no aya, se
„ declare vna de dos cosas, ò que el distracto està perficiona-
„ do en virtud de su pedimiento dandole por libre, ò rescin-
„ diendo el contrato al justo precio de los 50 ij. maravedis,
„ con restitucion delo que ha pagado de mas. Como parece a foj. 74. y 76. del processo.

63 En quanto a la primera parte de la *lesion*, se ha discurrido hasta aqui. En quanto al traspasso, y reduccion se dize brevemente, que quien haze esta alegacion es D. Bernabè de Ybarra, quien no la puede hazer; porque si dize contra la obligacion que hizo Don Iuan de Tapia, no es parte, porque *quo ad te liberas, ades habeo*: si dize contra la obligacion que èl otorgò en fauor de Don Iuan de Tapia, obligandose a sacarlo a paz, y a salvo, y constituyẽdose deudor de la obligacion que el dicho Don Iuan hizo en fauor del Cabildo, y dize, que en esto està *leso*; esta accion la ha de intentar contra Don Iuan de Tapia, con quien contratò; pero no contra el tercero que no contratò, aunque se le adquiriò derecho por su obligacion: pues si se vale del remedio de la ley 2. este no passa al tercero que no contratò, *vt est glos. in d. l. 2.* y es comun sentencia de los DD. y por todos basta el señor Covarr. *lib. 2. var. cap. 3. vers. Secunda conclusio*, y alli su Addic. Iuan Vffeli *d. vers. Secunda conclusio*; y la razon es, porque este contrato es personal, y por esso dixo Anton. Gom. *var. tom. 2. cap. 2. num. 22.* assi: *Item adde, quod si res sit ab emptore alienata, poterit venditor deceptus*

deceptus agere contra emptorem, cum sit personaliter obligatus, & nõ contra novum possessorem rei, quia actio vel obligatio non sequitur fundi possessorem, vt in l. fin. §. fin. ff. de contrah. empt. a quien siguiò Manuel Suarez de Ribera su addict. *lit. L.* y es de Matienço *d. l. 1. glos. 8. num. 24.* y comũ de los DD. De manera que si el Cabildo, que en dictamen de la parte cõtraria se tiene por vẽdedor, huviera de intẽtar esta accion, no pudiera hazerlo contra Don Bernabè de Ybarra, porque no contratò con èl; sino que la avia de intentar contra Don Iuan de Tapia, con quien contratò, segun la dicha doctrina que es juridica, y assentada *ex sup. dictis*, y se fortifica por la doctrina de Pinelo *in l. 2. de rescind. vend. 2. part. cap. 1. num. 30. 31. y 32.*

64 Y aunque en sentir de muchos Autores, y del señor Presidente Covarr. *d. lib. 2. var. cap. 3. num. 10. vers. Prima conclusio*, puede el comprador seguir al tercero posseedor quando el primer comprador *non est solvendo*, en cuya opinion nunca he consentido, ni consentirè, porque la reprobò con aguda, y elegante jurisprudencia Pinel. *in l. 2. de rescind. vend. 2. part. cap. 1. num. 33. adhuc*, no puede proceder en este caso la piedad desta opinion; porque Don Iuan de Tapia (contra quien tiene su accion Don Bernabè Ybarra) *ditissimus est*, para lo que contra èl se puede intentar, y otras mayores acciones.

65 De que nace la ineptitud del libelo; que no puede aplicarse al pedimiento la decision, supuesto que *debet esse cõformis libello l. vt fundus 18. ff. comm. divid.* latè Pich. *inst. de action. § quaedam actiones 20. num. 33. l. 16. tit. 22. part. 3.* ibi: *Ca si fuere fecha la demanda ante èl, sobre vn campo, ò sobre vna viña; é él quisiere dar juyzio sobre casas, ò bestias, ó sobre otra cosa que non perteneçiesse á la demanda.*

66 Y si esta excepcion de *lesion* la opone D. Iuan de Tapia, està excluido en el hecho, y en el derecho: en el hecho *patet per evidentiam facti*, pues nunca ha hecho tal alegacion;

cion;pues lo q̃ dixo assi como fue citado de remate, alegò
Que no podia el señor Canonigo Doctoral ser Iuez en
» esta causa, porque la Dignidad de Doctoral es para los ne-
» gocios de la Santa Iglesia, y que no podia ser Iuez en ellos.
» Por vn otrosi se opuso, y dixo, que contra èl no procedia la
» execucion por aver traspassado su derecho, y el Hereda-
» miento en Don Bernabè de Ybarra, y que con esto se avia
» extinguido su obligacion, mayormente aviendo cobrado
» el Cabildo del dicho Don Bernabè muchos años. Pero de
lesion no hablò palabra ninguna, como parece de dicha alegacion fol. 206. Otra peticion dio en 11. de Noviembre fol. 146. que no habla en el negocio principal, sino en vnos articulos, y reproduce la peticion que en 26. de Octubre presentò el dicho Don Bernabè de Ybarra sobre los dichos articulos, y no mas: de forma que Don Iuan de Tapia no ha alegado la *lesion* en todo este pleyto.

67 Pero aunque la huuiera alegado, està excluido, porque como el comprador no puede alegar la *lesion* contra el tercero posseedor, *vt diximus sup. n.* 58. *&* 63. *& seq.* tãpoco el comprador, ò el que tomò en arrendamiento el predio, si lo cediò, y traspassò el arrendamiento, puede alegar de *lesion*, no la de su tiempo, porque se passaron los 4. años, y porque se hizo inhabil con la enagenacion, y traspasso: ni tampoco del tiempo despues que traspassò, porque no es suyo; y corre la misma razon en el comprador que en el vendedor por la ley del Reyno, y si comprehende al *locador, y cõductor*, està excluido el que enagenò, y traspassò. Y assi Anton. Gom. *d. tom. 2. cap. 2. num.* 22. haze la contraposicion, y dize, que si el comprador enagenò la prenda vendida, no podrà intentar la *lesion* contra el tercero posseedor. Pregunta luego, què serà si el comprador fue el engañado, y vendiò la cosa comprada, ò traspassò, ò relocò la arrendada? Y resuelve que no podrà intentar cõtra el dueño la dicha *lesion*, con estas elegãtes palabras: *Si verò*

ipse

ipse emptor esset deceptus, & rem alienauit, non posset agere contra venditorem, cum non posit iam rem tradere, & suo facto, & culpa sit priuatus facultate tradendi, secundum DD. in eadem l. 2.

68 Resta aora otro remedio que ha intẽtado la otra parte, que es reduccion deste contrato a equidad, *fortasis*, fũndado en algunas autoridades que dizen, que el Iuez tiene facultad para hazerlo, mouidos de vnas palabras de la *l. cum quidam* 17. *ff. de vsuris.*

O curas hominum! ò quantum est in rebus inane!

69 Dos cosas brevemẽte se responden. La primera, q̃ esta excepcion (en caso que tuviera fundamento en derecho, que no tiene) requiere largo conocimiento de causa; no es de la via executiua, tanto porque lo excluye la ley del Reyno 1. *lib.* 4. *tit.* 21. diziendo: *Que no se admita ninguna otra excepcion, ni defension, salvo paga,* &c. quanto porque a esta excepcion se opone el contrato, y clausula de que no ha de ser oído en la *lesion*, ni otra ninguna excepcion hasta aver pagado. Y especialmente fue pacto en la escritura, que no se avia de poner excepcion ninguna por la parte, ni suplilla el Iuez de oficio, como se vè en la cõdicion num. 3. al fin della, ibi: *Que no la podais alegar en vuestro favor, y si lo alegareis, que no os valga, ni os aprouechε, no pudiendolo vos, ò otra persona, ni el Iuez, lo pueda suplir de oficio.* Y pudieron las partes limitar, y encarcelar el oficio del Iuez, noble, ò mercenario, que para esso les diò facultad el derecho. *l. quia tantundem* 7. *ff. de negot. gest.* donde dixo Paulo: *Quia tantundem in bonæ fidei iudicijs officium iudicis valet quantum in stipulatione nominatim eius rei facta interrogatio.* Porque no quiere el derecho que el oficio del Iuez tenga mas actiuidad, y exercicio que el que le dieren las partes.

70 La segunda, que la infelicidad de la inteligencia de la ley *cum quidam*, ha causado muchos errores, pretendiẽdo

estender la decision de la dicha ley a casos estraños de la mente, y de la razon del legislador, cuyo dictamen estuuo muy lexos de q̃ se arrastrasse a cõtratos, ni a casos distintos. Fue el caso, q̃ vno se obligò por *pacto* de pagar cinco por ciẽto todos los años, y si algũ año faltasse de pagar por *estipulaciõ*, avia de pagar 6. por ciẽto, no solo desde el dia q̃ dexò de pagar, y cometiò la estipulacion, sino desde el dia del cõtrato. Temiase mucho el deudor, y quexôse al Emperador, quiẽ le dixo que acudiesse a su Iuez, q̃ el haria justicia, y q̃ en aquel contrato de q̃ dava la quexa el Presidente, haria justicia, y no le condenaria a pagar mas de lo que fuesse justo. Bolviò con el decreto, y dezia: Brava comission traigo, para que el Presidente no solo no me mande pagar seis por ciento, sino para que ni aun las cinco, porq̃ esso significan aquellas palabras: *Hæc cõstitutio ad infinitum modum excedit*: y otra letra dize *ad finitum*, cõ que passa Accursio, y la letra Florentina. Pero esplicòle el Presidente la comission, y le dixo: *Hæc constitutio ad finitum modum excedit*, es lo mismo que dezir: La duda està difinida en el pacto; porque *modus finitus*, es lo mismo que modo determinado, y dado de lo que se ha de hazer conforme a derecho. Y assi Gotofredo por doctrina de Cuiac. dixo, que *ad finitum modum vsurarum interpretatur legibus difinitum modũ*. Y assi lo que se ha de determinar, y lo que dize el rescripto del Divo Marco es, que desde el dia que se cometiò la estipulacion, se cumpla con el contrato, y se pague el seis por ciento como se obligô, sin que pueda lleuar la pena del tiempo passado.

71 Y desta decision nace, no solo que no se templa el contrato, ni se reduce, ni se minora, sino que antes se manda observar, y guardar, segun, y como se contratò entre las partes, sin que se vse de equidad ninguna. Y assi permitaseme dezir, que no se deduce bien deste texto, que el Iuez tẽga facultad para reducir los contratos a menos precio de

 lo

lo pactado entre las partes: pues antes se deduce lo contrario, y es, que se guarde el rigor del contrato, como se manda guardar en la dicha ley, pues desde que cometiò la pena ha de pagar seis por ciento, ibi: *Vt in futurum dumtaxat crescant vsura.*

72 Y si se replicare que huuo equidad, supuesto que no se mandan pagar las vsuras desde el dia del contrato a la stipulacion, conforme al rigor del contrato: se responde, què no es gracia, sino justicia, porque *cursus vsurarum odiosus est*, como dize Bart. *in d.l.cum quidam*, en la *l. huiusmodi* 64. ibi: *Quia cursus vsurarum est odiosus*, que lo tomò de Accursio, *ibidem, verb. prastentur*. Pero tambien dize, que por ser penal no tiene subsistencia hasta el dia q̃ se comete la pena: cuya ley exornò doctissimamẽte el señor Doctor Don Francisco Ramos, Doctoral desta Santa Iglesia, en la alegacion que hizo por los señores Dean, y Cabildo, en el pleyto con Don Agustin Venegas, en el num. 62. y 63.

73 Si yà no es que sigamos la inteligencia de Accursio *in l. certa* 40. *ff. si certum petatur, in fine, verbo prastetur*, que no podràn concurrir vsuras menores, ni mayores, sino vnas solas, ibi: *Minores vsura vnde eodem tempore non debent currere maiores pro eadem sorte*. Mejor sintiò Geron. Botigella en la lectura sobre la ley electa 40. *ff si certum petatur num.* 74. diziendo, que en esta *l. cum quidam*, nada huuo de equidad, todo fue justicia; porque las vsuras se prometierõ por *pacto ex causa mutui*, y la pena, y las mayores vsuras *per stipulationem*; y que si se deben las *semisses* desde que se cometiò la estipulacion *ex die cessationis*, que antes no se debian mas que las *quincunces*, y estas se pagaron; y assi no pudo cometerse la estipulacion, ni se deben las vsuras, sino es despues de cometida.

74 Ni resucitan porque se aya cometido la *stipulacion* por el tiempo preterito, porq̃ la razon de dudar de aquel texto fue, si la accion *in diem* nacia desde el dia del contrato *ante diem*, ò desde el dia de la *stipulacion*: y se resolviò, que desde

el

el dia de la *stipulacion*; pero no practicable, ni exequible, hasta que se cometiò, y cometida comprehende los años *futuros*, no los *preteritos*: y assi dixo el dicho Botigella, que la *stipulacion* fue, que si algũ año no pagasse, avia de pagar *tunc* desde que cessô en la paga, y llegô al caso de la *stipulacion*, seis por ciento; y que no obstaua pensar que avia de comprehender los años passados, porque se entiende, que desde el dia del contrato, que fue de mutuo, nacio la obligacion, porque *in obligationibus in diem nacitur actio ante diem*, segun algunos I.C. y assi dezir el texto, que *ex die*, es dezir, desde aqui me obligo a pagar seis por ciento, desde que no pagàre los cinco: y aunque *ex die mutui*, naciò la obligacion, pero las vsuras *semisses* las ha de pagar *tunc* desde el dia que se cometa la estipulacion en adelante, y por esso dixo el texto: *Vt in futurum duntaxat*, que avia de pagar las vsuras mayores desde el dia que dexò de pagar las menores, y no mas.

75 Geronim. Botigella *in d. l. lecta num.* 78. *tom.* 2. de las repeticiones enseña esta inteligencia, diziendo assi: *Quia mens contrahentium est, quod* tunc *tantum, & pro annis tantum quibus non solventur quincunces solvãtur semisses videtur mihi verissimus intellectus, pro quo põdero etiam verbum,* tunc *quasi dicatur si quo anno non solvas, tunc scilicèt quãdo nõ solves, solvas semisses, neque ad hũc intellectum quid quam prorsus obstat præter verbum* ex die, *per quod significari videtur, quod ex die mutui etiam pro annis, quibus soluta sunt quincunces solvantur semisses, sed tamen, & ad hoc facilé est respondere, quia sensus est, debentur semisses ex die mutui pro annis tantum, quibus quincunces soluta non sint*: de que resulta, que en la *l. cum quidam* no reduxo el Presidente a equidad el contrato, sino que mandò guardar el rigor del contrato hecho por las partes.

76 De que resulta quan incongruamente se quiere arrastrar la decision de la *l. cum quidam* al caso presente, ni a

otros

otros contratos, ni probar con ella que el Iuez tiene potestad para subverter la voluntad, y pacto de los contrayẽtes, contra el derecho de las gẽtes aprobado por el derecho civil. *text. in l. vlt. C. de reb. alien. non alien. l. fin. C. de fideicõm. l. iuris gentium 7. §. qui nimo, ff. de pact.* Y el texto mas formal es la sentencia de Vlpian. *in l. 1. §. si convenit 6. ff. depositi*, ibi: *Contractus legem ex convent. accipiunt. l. in conventionalibus 52. ff. de verb.*

EXCLVSION A LA TERCERA EXCEPCION.

77 LA tercera excepcion, como se advirtiò sup. nu. 10. fue dezir: *Que avia avido distracto del dicho arrẽdamiẽto*: fundase en que avia presentado peticion en el Cabildo, desistiendose: y que el señor Don Pedro Muñoz, Canonigo, le avia dicho, que como pagàra lo corrido, seria admitido su desistimiento, y que se le admitiò.

78 Esto no lo tiene probado, no solo con prueba, pero ni con acto ninguno que induzga tal distracto, ni conjectura, ni acto de quien se pueda deducir tal acetacion, antes de todo el processo se deduce lo contrario, porque consta por lo que se ha compulsado en los *libros del Cabildo*, que a la peticion que diò el dicho Don Bernabè, la cometiò el Cabildo *a la Diputacion de negocios*, para que vieran, y se informaran, y refirieran al Cabildo su parecer: que se informaron, que refirieron, que acordò el Cabildo: *No aver lugar lo que pedia Don Bernabè*, y que se siguiera el pleyto: que despues en otros Cabildos se cometiô: que fue el Visitador de Heredades a visitar la deste pleyto, q̃ bolviô al Cabildo: que acordò se siguiesse el pleyto, como parece del fol. 263. y fol. 264.

79 Contra esta resolucion repetida, y geminada por el Cabildo, pretende fundar su intencion la otra parte, en la respuesta de vn Prebendado, como si pudiera vn individuo de vna Comunidad hazer tratos, y distratos en ningunas materias, y mucho menos en las de *hazienda*, porque no es suya, como de *vno*, sino de la Comunidad, como de *todos*

 por-

porque como dixo Marcian. *in l. in tantum 6. §. 1 ff. de rerum divis. & qualitate: Vniuersitatis sunt non singulorum qua in ciuitatibus sunt.* y Vlpian. *in l sicut 7. §. 1. ff. quod cuiusque Vniversitatis nom.* dixo: *Si quid Vniversitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet Vniversitas, singuli debent.*

80 Dixo muy bien Aul. Gell. lib. 17. que los singulares, è individuos de vna Comunidad, son como las letras, q̃ cada vna de por si no habla, ni haze diccion; pero todas juntas forman vna diccion que habla: y de aì se dixeron los individuos *singulos*, y las letras *singula*, ò *sigla*. Y assi vn particular de vn Cabildo, por mucho que diga, no forma diccion, ni causa perjuyzio al cuerpo de la Comunidad; porque como es solo vna parte integrante de aquel cuerpo, solo podrà con la letra que pronunciare ayudar a la diccion; pero no podrà perjudicar à su Comunidad, mayormente en aquellas cosas que no se puede hazer por vno, sino por todo el cuerpo. *glos. in cap. si fortè fin. 65. dist.* seguida por el señor Solorç. *in Polit. indi. lib. 4. cap. 12. vers. En estos terminos.*

81 Porque es conclusion llana, que vn capitular solo no puede hazer acto ninguno por la Comunidad que le perjudique, por autoridad de la *glos. in l. procuratores 30. C. de decurion. lib. 10.* lo dixo en este texto Ioannes de Platea, ibi: *Glossa dum dicit, ne forte ipsi, scilicet decuriones agentes separatim.* Y por esso dixo Bovadill. *in Polit. lib. 3. cap. 8. n. 85.* que vn Regidor no podia hazer acto ninguno por la Republica. El Senado Pedamõtano en la *decis. 39. apud Octavianum num. 36.* dixo, que *Sindici confessio non nocet vniversitati,* seguida por Azeved. *in Curia Pisana lib. 2. cap. 18. num. 35.*

82 Fue doctrina de los antiguos fundada en la jurisprudẽcia de Cayo *lib. 1. ad edictum*, legalizada *in l. contra iuris ciuilis regulas, §. si filius, ff. de pactis*: canonizada, y aprobada

da por Iuliano en el mismo texto, ibi: *Si filius, aut servus pactus sit ne ipse peteret, inutile est pactum.* Y lo mismo dixeron los Emperadores Diocleciian. y Maxim. *in l. pactum 22. C. de pactis*, y en la *l. non omni 16. C. de administration. tutor.* y el Emperador Alex. *in l. nõ abstulit 4. C. de nouation.*

83 Y por esso mas cautamente diò providencia el derecho para enagenar los bienes de la Comunidad, que aun para los del menor, para que no estuuiera en manos, ò en voluntad de vn *singular individuo* la distraccion de los bienes de la *uniuersal sociedad*; pues mandô, que para que valiera su enagenacion, concurriessen en vna voluntad *las dos partes de individuos* del Conclaue, ò Capitulo: de suerte, que si la Congregacion es de treynta, han de concurrir los veynte y vno, ò a lo menos los veynte. Assi lo enseñò Vlpian. *in l. nulli 3.* ibi: *Cum duæ partes adessent, aut amplius quam duæ*, y todos los Escrivientes *in l. nominationum, C. de decurion. lib. 10.* por doctrina de los Emperadores Teodos. Arcad. y Honor. *in l. nominationum 45. C. de decur. lib. 10.* ibi: *Cũ duæ partes ordinis in urbe posita totius curiæ instar exciderant*, y Ioannes de Platea, ibidem, cuya decisiõ siguiò el Senado de Napoles, apud Capitium *decis. 4. num. 1. & 3.*

84 Aunque para otros qualesquiera actos basta la mayor parte de la congregacion, segun Scevola *in l. quod maior pars 19. ff. ad municip. l. aliud, §. refertur. ff. de reg. iur.* Para la enagenacion tuuo esta prouidencia el derecho si no ay estatuto particular contrario; y de lo contenido en este numero, y en el antecedẽte es materia de Bovad. *dict. lib. 3. cap. 7. num. 60.*

85 Y porque no puede hablar vn singular de la Comunidad por ella en acto ninguno, previno el derecho remedio para que lo pudiesse hazer, que es dandole la Comunidad poder, que para esso le diò facultad el derecho. Cayo *in l. 1. §. quib. autem, ff. quod cuiusque Vniuers.* ibi: *Habere res cõmunes arcam communem actorem, sivè syndicum: per quẽ*

tan-

tanquam in Republica, quod communiter agi, fierique oporteat, agat & fiat. Y Vlpian. *in l. 2. eodem tit.* y Arcadio *in l. munerum, fin. §. defensores, ff. de muneribus, & hon.*

86 Y este *Diputado, ò Sindico, ò Procurador*, en tãto podrâ obrar, en quanto tuuiere êl poder, y la comission, sin que pueda exceder della por regla del I.C. Paul. *in l. diligenter 6. ff. mandat. diligenter igitur*, dize, *fines mandati custodiendi sunt, nã qui excessit, aliud quid facere videtur.* Y vista la comission que el Cabildo diò a la Diputacion, como cõsta del processo a fol. 262. solo fue para que *los señores Diputados de negocios la viessen, y refiriessen lo que se pedia en ella, y què se debia hazer por ser de consideraciõ, y cuydado.* Y oìda la relacion de los Diputados de negocios en 16. de Mayo de 61. mandò el Cabildo llamar los Capitulares para determinar. Y el Lunes 14. de dicho mes, estando llamado determinô el Cabildo: *Que no se recibiesse la dicha Heredad, sino que se siguiesse con todo cuydado esta causa.*

87 Y porque tampoco pudo el Cabildo dar comission a los *Diputados* para q̃ remitiessen su derecho, ni distractassen el contrato que el Cabildo avia hecho, como por doctrina de Bart. *in l. nulli 3. ff. quid cuiusque univer. nomin.* lo enseña Ioannes de Platea *in l. Procuratores 30. C. de decur. lib. 10.* ibi: *Etiam sine decreto superioris quãdo constituitur ad iudicia, secus si ad alienandũ.* Y fue enseñãça de Vlpian. *in l. prohibere 3. §. plane*, ibi: *Quia et si locorum publicorum procuratio data est, concessio tamen data non est.* Y dixo Accursio, que aquella palabra *cõcessio*, es lo mismo que distracto, ibi: *Litera M.* verb. *Concessio*, idest, *remissio.*

88 Y porque en tal especie, para que el Diputado pueda hazer tal distracto, no basta comissiõ general, ni basta que en la comission se diga *ad alienandum*; porque no basta la general, como es doctrina de Bald. *in rub. de contrah. empt. num. 7.* y dize que assi lo aconsejô en su tiempo, ibi: *Item generalis sindicatus ad vendendum bona communia non*

suffice-

sufficeret, & ita de facto consului per l.prohibere, §.plané, ff. quod vi, aut clam. porque la solemnidad que es menester para la enagenacion, essa misma es necessaria para dar la comision al Diputado: es famoso lugar el de Rolando à Valle. *cōs.90.volum.*1.*num.*28.ibi: *Septimo etiam dicitur, quoad hoc vt sindicus constitutus ad alienandum res vniversitatis posit facere actum alienationis, requiritur quod sit expressum in licentia, quæ bona debeant vendi, aliàs simplex facultas vendendi nō sufficit: ita Baldo,* &c. Y num.31. dize: *Quod sicut in alienatione rerum Vniversitatis de subs tantia requiritur decretum, vt in d.l.fin. C.de vend. reb. ciuit. & per ea quæ supra dicta fuerunt in quinta conclusione ita etiam debet intervenire in mandato Syndici ad alienādum*, que lo tomò de Bald. *in rub.C.de contrahend.empt. num.*7. y assi ni el *Diputado* pudo hazer la remision, ni la hizo.

89 Y porque consta del processo, que la *Diputacion de negocios* se compone de tres; y vno de los tres era el señor *Dō Pedro Muñoz de Escobar*, quien aunque huuiera distractado, y por escritura se huuiera obligado, no valiera nada, porque la comision fue a tres, y no concurriendo todos, no vale lo que el vno haze, conforme a la decision de el Romano Pontifice Bonifacio VIII. *in Cap. si duo 6. de procurat. in 6.* ibi: *Si duo Procuratores simul (non adiecto in solidum) deputentur, vnus sine altero non debebit admiti.* Y fue tambien enseñança de Accursio *in l.pluribus 32.verb. occupantis in fin.glos.* ibi: *Sed quid si plures dedi, nec dixi in solidum; respondeo pro parte agent:* y assi vno destos *Comissarios* nada puede hazer, si no concurren todos.

90 Pero todo esto se ha dicho *ex abundanti*, porque los autos del processo excluyen este distracto, porque en èl se halla fol.262. Y parece, que el dicho Dō Bernabè de Ybarra presentò vna peticiō en 21. de Febrero de 661. en que hazia dexacion de la Heredad de Aspèro: y el Cabildo *la cometio*

a los

a los señores Diputados de negocios porque la viessen, y refiriessen lo que se pedia en ella. Los Diputados fueron el dicho señor Don Pedro Muñoz, el señor D. Diego del Castrillo, y el señor D. Gaspar de Espinosa, aviendose llevado el Quaderno de *la Diputació de negocios* al Cabildo; y lo que referia en orden a la dicha peticiō, mandò que la dicha Diputacion se informasse de personas expertas.

91 Y en 29. de Março el dicho Don Bernabé diò peticion al Cabildo, pidiendo suspension de la execucion, y el Cabildo la cometiò a la Diputacion de negocios. Y en 19. de Mayo de 61. *la Diputacion de negocios* hizo relacion al Cabildo de aver visitado el Heredamiento de Aspèro. Y en Miercoles 10. de Noviembre de 61. *la Diputació de haziēda* dixo al Cabildo, que tomasse resoluciō en esta materia: y en 14. del dicho mes, la que tomô el Cabildo fue: *Que nō se recibiesse la dicha Heredad, sino que se siguiesse con todo cuydado esta causa, executando à Don Iuan de Tapia*, &c.

92 De donde se sigue, y prueba que nunca los *Diputados* tuuieron comision para hazer, ni Don Bernabê Ybarra la pedia, supuesto que pedia, y pidiò suspension de los autos judiciales, pues la comision fue para que tratassen de la conveniencia, y diessen quenta al Cabildo.

93 Y para que se vea que nunca se resolviò nada, el pleyto corria, y en 28. de Março de 662. *la Diputacion de haziēda*, que es otra junta de señores Prebendados, diferente de la *Diputaciō de negocios*, pidiò al Cabildo tomasse resoluciō con el dicho Don Bernabè: y aviendose hecho llamamiēto lo cometiò el Cabildo a la dicha *Diputacion de hazienda*, y que hiziesse relacion: la qual reconociò el Heredamiēto, y refirio al Cabildo aver hecho vista de ojos, y conferido con *la Diputacion de negocios*, y lo referido por *la Diputacion de hazienda*. Y visto por el Cabildo, *mandò de conformidad que se pusiesse demāda, ó se siguiesse la que estaua puesta al dicho Don Bernabé de Ybarra, sobre la paga de los*

mara-

marauedisses, y gallinas que estaua debiendo, y juntamente al dicho Don Iuan de Tapia, como principal.

94 De todos estos actos no se puede deduzir consequẽcia, ni ilacion, ni aun imperfecta para obligar al Cabildo al distracto de vna cosa, que aun con mucha consideracion, y concurriẽdo las dos partes del Cabildo, no se pudiera tener por distractada, mayormente que no se prueba nada del distracto; pues aunque huuiera muchos Prebendados que quisieran admitir la dexacion, y que con fabulantes con dicho Don Bernabè tratassen de la materia, y diessen por assentada la pretension de dicho Don Bernabê, adhuc, no se hazia nada, porque el Cabildo junto resolviò otra cosa contra el parecer de muchos, porque prevaleciò la mayor parte; y assi nos puede deducir probança de lo que hizierõ algunos Prebendados, desseando admitir el intento del dicho Don Bernabè, pues ellos no erã partes para hazerlo, ni el *Diputado*, porque no tuuo comission.

Ex quibus omnibus, parece que justifica bien el Cabildo su pretension, para que se sentencie la causa de remate. Salva in omnibus, D. D. V. C. Hispali pridie Kalendas Augusti, anno 1665.

Doct. D. Iuan de Oliver.